

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad

Rozemond, N.

2015

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Rozemond, N., (2015). *Case note: Hoge Raad*, No. 211, Nov 18, 2014. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2015).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

NJ 2015/211: Verspreiden van kinderporno.

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Instantie:	Hoge Raad (Strafkamer)	Datum:	18 november 2014
Magistraten:	Mrs. A.J.A. van Dorst, J. de Hullu, V. van den Brink	Zaaknr:	13/05888
Conclusie:	A-G mr. A.E. Harteveld		
Noot:	N. Rozemond	Roepnaam:	-
Brondocumenten:	ECLI:NL:HR:2014:3291, Uitspraak, Hoge Raad (Strafkamer), 18-11-2014; ECLI:NL:PHR:2014:2065, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 23-09-2014; Beroepschrift, Hoge Raad, 17-01-2014		

Wetgang: Art. 240b Sr

Brondocument: HR, 18-11-2014, nr. 13/05888

Essentie

Mede gelet op de wetsgeschiedenis van art. 240b Sr — waaruit volgt dat het beschermde belang van die bepaling niet is beperkt tot de afgebeelde jeugdige — heeft het Hof het bewezenverklaarde handelen van de verdachte terecht gekwalificeerd als het verspreiden van kinderporno.

Partij(en)

Arrest op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof Den Haag van 3 juli 2013, nummer 22/002166-11, in de strafzaak tegen K. Adv. mr. R.A. Korver, te Amsterdam.

Voorgaande uitspraak

Cassatiemiddel:

(zie 3.1; *red.*)

Conclusie

Conclusie A-G mr. A.E. Harteveld:

1. De verdachte is door het Gerechtshof Den Haag bij arrest van 3 juli 2013 wegens 'een afbeelding van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, verspreiden, meermalen gepleegd' veroordeeld tot een taakstraf voor de duur van veertig uur, subsidiair twintig dagen hechtenis, met aftrek van voorarrest. De benadeelde partij is niet-ontvankelijk in haar vordering verklaard.
2. Namens verdachte is beroep in cassatie ingesteld en heeft mr. R.A. Korver, advocaat te Amsterdam, bij schriftuur vier middelen van cassatie voorgesteld.

(…)

4.1. Het *vierde* middel komt gezien de daarop gegeven toelichting op tegen het oordeel van het Hof dat het handelen van verdachte een misdrijf in de zin van art. 240b Sr oplevert, omdat dit nooit de bedoeling van de wetgever kan zijn geweest. Gezien de aan het middel ten grondslag liggende casuïstiek zal ik het middel wat uitvoeriger bespreken. Daartoe allereerst een schets van de zaak aan de hand van citaten uit de bestreden uitspraak.

4.2. Ten laste van verdachte is van het primair tenlastegelegde bewezen verklaard dat:

“hij in de periode van 1 april 2009 tot en met 27 april 2009 te Alphen aan den Rijn meermalen een afbeelding van een seksuele gedraging, te weten — het gedeeltelijk naakt (laten) poseren van een persoon die de leeftijd van 18 jaren nog niet heeft bereikt, waarbij door het camerastandpunt van die persoon nadrukkelijk de ontblote vagina of de onblote borsten in beeld zijn gebracht, bij welke vorenbedoelde afbeeldingen een persoon die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet had bereikt, was betrokken of schijnbaar was betrokken, (telkens) heeft verspreid.”

4.3. Deze bewezenverklaring steunt op de volgende bewijsmiddelen:

“1. Een proces-verbaal van verhoor d.d. 20 augustus 2009 van de politie Hollands Midden met proces-verbaalnummer PL1633/09-079434. Dit proces-verbaal houdt onder meer in — zakelijk weergegeven-:

als de op 20 augustus 2009 afgelegde verklaring van de verdachte (blz. 68-84):

Ik woon in Alphen aan den Rijn. Ik heb een computer; daar maak ik gebruik van. Mijn zusje heeft een eigen computer en mijn ouders ook. Via Hyves ben ik in contact gekomen met M. Via MSN voerde wij gesprekken.

Rond maart/april dit jaar heeft M. mij foto's gestuurd via MMS. Via de telefoon heb ik die foto's van M. gekregen. Ik kan deze foto's alleen bekijken via mijn computer. Die kan je dan via een link bekijken. Ik kreeg een foto van haar met een BH uit, en één foto van haar privégedeelte, haar vagina.

Jullie tonen mij een foto met een BH en daarnaast MSN-tekst. Toen M. haar shirt omhoog deed heb ik deze via printscreen gedaan en op photobucket geplaatst. Ik herken deze foto.

Ik had met J. een gesprek op MSN. Ik zei dat ik foto's had gekregen van M. Ik stuurde de foto's van M. die ik van M. op mijn telefoon had gekregen door naar J. Ik stuurde die foto's door via MSN.

Mijn profielnaam op Hyves is S.

U vraagt mij wat ik kan vertellen over de site www.photobucket.com. Waarschijnlijk zullen daar ook nog wel foto's van M. op staan. Die foto's heb ik op photobucket ge-upload. Er kan een week of langer of korter zitten tussen het moment dat ik die naaktfoto's heb gekregen en het moment dat ze naar photobucket gingen.

2. Een proces-verbaal van verhoor d.d. 21 augustus 2009 van de politie Hollands Midden met proces-verbaalnummer PL1633/09-079434. Dit proces-verbaal houdt onder meer in — zakelijk weergegeven-:

als de op 21 augustus 2009 afgelegde verklaring van J. (blz. 101-103):

Met K. heb ik wel eens gepraat op MSN. Ik heb foto's gekregen van K. Dit waren twee foto's, van M. borsten en van haar vagina. K. had een printscreen gemaakt. K. heeft het via MSN in een bestand naar mij toegestuurd.

3. Een proces-verbaal van aangifte d.d. 27 april 2009 van de politie Hollands Midden met proces-verbaalnummer PL1633/09-079434. Dit proces-verbaal houdt onder meer in — zakelijk weergegeven-:

als de op 27 april 2009 afgelegde verklaring van M. (blz. 113-116):

Ik ben geboren op (...) 1992 en ik woon in Alphen aan den Rijn. Ongeveer half maart 2009 leerde ik via Hyves K. kennen. K. en ik hadden vaak via MSN contact met elkaar. Ook via de webcam. Ik liet op de webcam ook mijn borsten zien aan K. Op een dag vroeg K. of ik mijn vagina wilde laten zien, ik heb dat toen meerdere malen laten zien. Ik hoorde van J. dat ik moest oppassen voor K. want volgens haar stuurde K. foto's van mij door naar haar. Zij vertelde mij ook dat het pornofoto's waren. Op 4 april 2009 kreeg ik via Hyves van een jongen die bij mij op school zit, genaamd N., te horen dat hij bepaalde foto's van mij had gekregen. Via MSN hoorde ik dezelfde dag van L. dat hij ook bepaalde

foto's van mij had gekregen. Toen ik dat hoorde wist ik direct dat J. gelijk had dat K. van mij foto's doorstuurde.

4. Een proces-verbaal van aangifte d.d. 24 juli 2009 van de politie Hollands Midden met proces-verbaalnummer PL1633/09-079434. Dit proces-verbaal houdt onder meer in — zakelijk weergegeven-:
als de op 24 juli 2009 afgelegde verklaring van M. (blz. 118-128):
Via MSN, via de webcam heb ik mijn bh laten zien aan K. Daarna hadden we weer contact. De dag vroeg hij of hij meer van mij kon zien. Die avond heb ik een foto van mijn vagina gemaakt en verstuurd met mijn mobiel.
5. Een proces-verbaal van bevindingen d.d. 18 augustus 2009 van de politie Hollands Midden met proces-verbaalnummer PL1633/09-079434. Dit proces-verbaal houdt onder meer in — zakelijk weergegeven-:
als relaas van de betreffende opsporingsambtenaar (blz. 25-26):
Ik deed onderzoek op het open internet naar aanleiding van de aangifte van M. De profielnaam van de verdachte is S. Onder de profielnaam S. werd gebruik gemaakt van hyvesaccount: X. Tevens bleek dat het profiel 'S.' gebruik maakt van photobucket, wat een foto-omgeving is die je aan kan maken en zichtbaar is op het world wide web. Het profiel stond genoteerd onder <http://S>. Hierop zag ik 3 afbeeldingen die ik herkende:
 - de foto op pagina 4: Deze herkende ik als de MSN-communicatie over de doorzending van de foto 'M. haar tieten'.
 - de foto op pagina 6: Deze herkende is als de foto met de jpg-bestandsnaam 'M. haar kut', te weten een blote vagina.
 - de foto op pagina 7: Deze foto is kennelijk die van de persoon K., daar ook de naam K. hierbij vermeld werd."

4.4. Het Hof heeft ten aanzien van het bewezenverklarde opzet in het verkorte arrest het volgende overwogen:

"De raadsman heeft aangevoerd dat de opzet van de verdachte niet was gericht op de verspreiding van de bewuste afbeeldingen. Door deze afbeeldingen willens en wetens aan J. te versturen heeft de verdachte echter opzet gehad op de verspreiding van de afbeeldingen. Voor een bewezenverklaring is niet vereist dat de verdachte opzet heeft gehad op een verdere verspreiding van de bedoelde afbeeldingen. Het hof gaat er voorts van uit dat verdachte de afbeeldingen op photobucket.com heeft geplaatst. De verdachte heeft hierdoor minst genomen bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat de afbeeldingen in het bezit van derden zouden komen. Het verweer wordt derhalve verworpen."

4.5. Het Hof heeft voorts onder het kopje 'Kwalificatieverweer' in het verkorte arrest het volgende overwogen:

"De raadsman heeft bepleit dat het nooit de bedoeling kan zijn geweest van de wetgever om het handelen van de verdachte — dat technisch gezien wel voldoet aan de delictsomschrijving — aan te merken als een overtreding van artikel 240b van het Wetboek van Strafrecht. Blijkens de wetsgeschiedenis is het beschermd belang en strekking van het artikel gelegen in het tegengaan van seksueel misbruik van jeugdigen en de exploitatie daarvan, aldus de raadsman.

Uit de wetsgeschiedenis van art. 240b van het Wetboek van Strafrecht (verder: Sr)^[3] volgt dat bij de toepassing van artikel 240b Sr. als uitgangspunt geldt dat het gaat om een gedraging die — als ze wordt vastgelegd — schadelijk is voor de jeugdige, òf omdat het tot die gedraging brengen al schadelijk is, òf vanwege de publicatie ervan.

De ratio van de strafbaarstelling is niet langer louter gelegen in de bescherming van de afgebeelde jeugdige, maar ook in de 'bescherming tegen gedrag dat kan worden gebruikt om kinderen aan te moedigen of te verleiden om deel te nemen aan seksueel gedrag en gedrag dat deel kan gaan uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert.["]

Naar het oordeel van het hof bestaat het beschermd belang dat artikel 240b Sr. dient aldus uit méér dan hetgeen door de raadsman is genoemd. Het handelen van de verdachte druist in tegen het hierboven weergegeven belang dat artikel 240b Sr. beoogt te beschermen.

Ook overigens is het hof van oordeel dat de zedenwetgeving met betrekking tot minderjarigen er mede toe

strekt de minderjarige te beschermen ook tegen verleidingen die van henzelf uitgaan.

Het hof verwerpt het verweer.”

- 4.6. Het vierde middel borduurt voort op de betwisting in hoger beroep dat ook indien alle bestanddelen bewezen kunnen worden verklaard en het feitelijk gedrag van verdachte onder de delictsomschrijving valt te scharen, de bewezenverklaring ten laste van verdachte tegen het door de wetgever met de strafbaarstelling van art. 240b Sr beoogde doel indruist en het feit derhalve — zo is in hoger beroep subsidiair bepleit — niet als zodanig zou moeten worden gekwalificeerd. Geklaagd wordt dat het Hof het in zoverre in hoger beroep gevoerde verweer op onjuiste gronden heeft verworpen. Het middel roept onder meer de vraag op wat de wetgever met de huidige strafbaarstelling van art. 240b Sr heeft beoogd strafbaar te stellen en ter bescherming van wie. Daartoe het volgende.
- 4.7. Sinds 1 januari 2011 geldt de Aanwijzing Kinderpornografie nr. 2010A025^[4.]. Daarvoor gold de Aanwijzing kinderpornografie ex artikel 240b Wetboek van Strafrecht 2007, nr. 2007A020.^[5.] Laatstgenoemde Aanwijzing was van toepassing in de onderhavige strafzaak en schetst van de strafbaarstelling van art. 240b Sr de volgende achtergrond:

“Het wetsartikel is laatstelijk gewijzigd per 1 oktober 2002. Artikel 240b WvSr werd op vier punten gewijzigd.

- a. De in het eerste lid genoemde leeftijdsgrens werd verhoogd van zestien jaar naar achttien jaar. Deze verhoging van de leeftijd vloeit voort uit de ratificatie door Nederland van het ILO-verdrag uit 1999 inzake kinderarbeid. Dit verplicht de verdragspartijen onder meer tot strafbaarstelling van ‘the use, procuring or offering of a child for the production of pornography’. Artikel 2 van dit verdrag bepaalt dat ‘the term ‘child’ shall apply to all persons under the age of 18’.

(...)

Met ‘jeugdige’ wordt in deze aanwijzing bedoeld op iemand die de leeftijd van achttien jaar kennelijk nog niet heeft bereikt.

(...)

1.2. Strekking van artikel 240b Wetboek van Strafrecht

Artikel 240b WvSr strekt er toe, aldus de Kamerstukken, te voorkomen dat:

- a. een jeugdige in een situatie wordt gebracht waarin hij/zij wordt gebruikt voor het op beeldmateriaal vastleggen van een seksuele gedraging in de zin van artikel 240b WvSr waarbij hij/zij alleen of met een ander/anderen is betrokken;
- b. beeldmateriaal dat onder het bereik van artikel 240b WvSr valt, na vervaardiging (verder) wordt verspreid, openlijk wordt tentoongesteld, of in bezit gehouden wordt;
- c. jeugdigen worden aangemoedigd of verleid om deel te nemen aan seksueel gedrag en gedrag dat deel kan gaan uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert.

In de vorige eeuw, vanaf de zestiger jaren, stond het recht op seksuele zelfbeschikking hoog in het vaandel. Strafrechtelijk optreden werd alleen gerechtvaardigd geacht als dat noodzakelijk was ter bescherming van de lichamelijke en geestelijke integriteit. De westerse samenleving beleefde een periode van seksuele vrijheid, waarin seksueel contact tussen volwassenen en kinderen niet zonder meer werd afgewezen. De vraag werd zelfs opgeworpen of het strafrechtelijk optreden na seksuele contacten tussen volwassenen en kinderen niet schadelijker was dan het seksuele contact zelf. Onder meer onder invloed van de vrouwenbeweging is het zwaartepunt verschoven van vrijheid naar bescherming. Steeds meer brak het besef door dat seksuele vrijheid van de één de seksuele onvrijheid van de ander betekent en zelfs een inbreuk op de lichamelijke integriteit kan betekenen voor vooral vrouwen en kinderen. Dit besef heeft geleid tot de ingrijpende wijzigingen van de zedelijkheidswetgeving in 1991 en 1996. Met die wijzigingen werd beoogd meer bescherming te bieden aan degenen die bescherming nodig hadden. De wetswijziging in 1996 bevatte ook een verhoging van de strafmaat voor verspreiding, openlijk tentoonstellen, vervaardigen, in-, door- of uitvoer of bezit van kinderporno van 3 maanden naar 4 jaar, en als er een beroep of gewoonte van wordt gemaakt kan zelfs een gevangenisstraf worden opgelegd van 6 jaar. In de volgende jaren werd de zedelijkheidswetgeving verder met dat beschermingsoogmerk

aangepast. Dat gold ook voor artikel 240b Sr. Mede onder invloed van internationale verdragen werd de leeftijdsgrens in 2002 verhoogd van 16 jaar naar 18 jaar en werd virtuele kinderporno ook in de strafbepaling opgenomen.

Niet alleen de visie op de beschermwaardigheid van het individuele kind en kinderen in het algemeen is veranderd, ook enkele belangrijke aspecten van kinderporno zijn aan grote verandering onderhevig geweest. Moest iemand in het recente verleden zijn heil nog zoeken in obscure winkeltjes, met de komst van internet is het gemakkelijk geworden om anoniem en zonder veel moeite aan het materiaal te komen. Internet is laagdrempelig en het leggen van contact met anderen is daardoor ook gemakkelijker geworden. Daarnaast vormen fysieke landsgrenzen tegenwoordig minder barrières. Het is gemakkelijk geworden om materiaal te produceren in landen waar dat relatief gevaarloos kan en het te verzenden naar landen waar productie meer problemen zou opleveren. Inmiddels is het ook relatief eenvoudig films, compleet met geluid, op het internet te plaatsen, die door de afnemers naar believen gedownload kunnen worden. Met de komst van de webcam is het zelfs mogelijk geworden kinderen 'live' te misbruiken, waarbij daders van over de hele wereld instructies intikken voor degene die het daadwerkelijk misbruik van het slachtoffer uitvoert. Zoals hierboven aangegeven speelt internet dus een belangrijke rol bij de verspreiding van kinderpornografisch materiaal. Tezelfdertijd leiden de digitale mogelijkheden van versleuteling en afscherming van gegevens ertoe dat het bewerkelijk is, en soms zelfs onmogelijk, om dit materiaal op te sporen.

De markt voor kinderpornografie is al met al groter geworden en mensen zijn bereid gebleken veel geld te betalen voor kinderpornografisch materiaal. Het vervaardigen van het materiaal is daardoor lucratiever geworden. Het gevolg is dat meer kinderen het risico lopen het slachtoffer te worden van de vervaardiging van kinderporno. Men dient zich te realiseren dat het misbruik niet stopt als het daadwerkelijke misbruik is opgehouden, maar dat het doorgaat zolang de afbeeldingen ervan op het internet circuleren. En een afbeelding die eenmaal op internet is aangetroffen, blijkt in de praktijk vrijwel onmogelijk blijvend van internet te verwijderen.”

4.8. In art. 240b Sr is sinds 1 oktober 2002 de leeftijdsgrens verhoogd van zestien naar achttien jaar. De wetsgeschiedenis houdt ten aanzien van het daarmee beoogde doel — voor zover van belang — het volgende in:

— Kamerstukken II, vergaderjaar 2000–2001, 27 745, nr. 3 (MvT), p. 2, 5:

“De voorgestelde wijzigingen van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering (Sv.) en de Gemeentewet maken onderdeel uit van een geïntegreerde aanpak van seksueel geweld en misbruik. Zij leveren een bijdrage aan de vergroting van de effectiviteit van strafrechtelijk optreden tegen seksueel misbruik en geweld en verhogen de bescherming van (potentiële) slachtoffers van zedendelicten.

(...)

Het evaluatierapport^[6] is niet ingegaan op de vraag of het aanbeveling verdient om de leeftijdsgrens te verhogen van 16 naar 18 jaar. Deze vraag is actueel omdat bescherming van kinderen tegen (commercieel) seksueel misbruik in het algemeen is gericht op minderjarigen, d.w.z. personen onder de leeftijd van 18 jaar. Dat is de strekking van het VN-verdrag inzake de Rechten van het Kind en de boodschap van het Wereldcongres tegen commerciële seksuele exploitatie van kinderen in Stockholm in augustus 1996. Als gezegd is reeds wetgeving tot stand gekomen waarbij de uitbuiting van minderjarige prostituees en het plegen van seksuele handelingen met minderjarige prostituees strafbaar zijn gesteld.

Het ILO-verdrag betreffende het verbod en de onmiddellijke actie voor de uitbanning van de ergste vormen van kinderarbeid dat in juni 1999 is aanvaard en waarvan een voorstel voor goedkeuringswetgeving onlangs door de Eerste Kamer is aanvaard (27 100 (R 1654)), verplicht de verdragspartijen onder meer tot strafbaarstelling van «the use, procuring or offering of a child (i.e. een persoon onder de leeftijd van 18 jaar) for the production of pornography». Ratificatie van dit verdrag noopt derhalve tot verhoging van de leeftijdsgrens in artikel 240b Sr.

Voorgesteld wordt de verhoging van de leeftijdsgrens van toepassing te doen zijn op alle in artikel

240b Sr. genoemde gedragingen. Dat betekent dat ook de vervaardiging en het bezit (voor eigen gebruik) van een afbeelding van een seksuele gedraging waarbij een persoon van 16 of 17 jaar is betrokken of schijnbaar is betrokken, strafbaar worden.

De NOVA is van oordeel dat de voorgestelde verhoging beperkt zou moeten blijven tot commerciële seksuele uitbuiting. Ik meen dat het niet wenselijk is om wat de verhoging van de leeftijdsgrens tot 18 jaar betreft een differentiatie aan te brengen tussen commerciële en niet commerciële kinderpornografie. De in artikel 240b omschreven gedragingen kunnen ook schadelijk zijn voor minderjarigen van 16 en 17 jaar in een niet commerciële context. Het huidige artikel 240b maakt thans geen verschil tussen verschillende vormen van kinderporno. Uit een oogpunt van eenvoud van wetgeving is het wenselijk om de voorgestelde verhoging over de gehele linie door te voeren. De opsporings- en vervolgingspraktijk heeft behoefte aan een eenduidige bepaling. Tegen het strafbaar stellen van het vervaardigen en bezit van kinderporno ten aanzien van 16- of 17-jarigen zou kunnen worden ingebracht dat het hebben van seks met een minderjarige vanaf 16 jaar in de regel niet strafbaar is. Maar daartegen kan worden aangevoerd dat niet alle seks met een minderjarige van die leeftijd straffeloos is. Indien de dader en de minderjarige een bijzondere band met elkaar hebben (ouder-kind, docent-leerling), is seks tussen hen wel strafbaar. Ik meen dat een evenwichtig en zorgvuldig gebruik van het opportuniteitsbeginsel kan waarborgen dat deze bepaling in de praktijk op juiste en verantwoorde wijze wordt toegepast. In de Aanwijzing kinderpornografie van het College van procureurs-generaal wordt rekening gehouden met verschillende vormen van kinderporno. Daarin zal bij voorbeeld ook aandacht kunnen worden besteed aan gevallen waarin de minderjarige op geen enkele wijze in haar of zijn belangen is geschaad. Men kan daarbij denken aan gevallen in de privésfeer, waarin een oudere minderjarige ermee instemt dat een leeftijdgenoot voor eigen of beider bezit kinderporno vervaardigt. Ik meen dat justitieel optreden in dergelijke gevallen in de regel achterwege kan blijven.”

- *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2000–2001, 27 745, nr. 5, houdende het verslag van bevindingen van de vaste commissie van Justitie:

- p. 4:

“De verhoging van de leeftijdsgrens waarbij sprake is van kinderpornografie naar 18 jaar is volgens de leden van de fractie van de PvdA een logische keuze, gezien de internationaal verankerde norm, en de leeftijdsgrenzen die in het wetsvoorstel Opheffing bordeelverbod zijn gehanteerd.”

- p. 7:

“Ook hebben de leden van de D66-fractie enkele vragen over de verhoging van de leeftijdsgrens van 16 naar 18 jaar bij het kinderpornoartikel. Gaat door deze leeftijdsverhoging niet een ongerijmdheid ontstaan, nu iemand, die ouder is dan 16 jaar in beginsel straffeloos seksueel contact kan hebben met iemand van 16 jaar? Is het juridisch wel juist om zo op het opportuniteitsbeginsel te vertrouwen, zoals de regering doet? Het evaluatierapport is niet ingegaan op de leeftijdsverhoging. Welke meerwaarde met betrekking tot de bescherming van de seksuele integriteit van minderjarigen verwacht de regering van dit onderdeel van het wetsvoorstel?”

- p. 8-9:

“De leden van de SGP-fractie zijn, zoals zij reeds eerder bij verschillende gelegenheden uiteen hebben gezet, voorstander van de expliciete strafbaarstelling van het bezit van kinderporno alsmede van alle vormen van virtuele kinderpornografie. De thans voorgestelde wijzigingen worden door hen daarom positief gewaardeerd.

(...)

Voor wat betreft de verhoging van de leeftijdsgrens van 16 naar 18 jaar zal, aldus de memorie van toelichting, een evenwichtig en zorgvuldig gebruik van het opportuniteitsbeginsel waarborgen dat deze bepaling in de praktijk op juiste en verantwoorde wijze wordt toegepast. Deze leden stellen de vraag welke specifieke invulling daaraan in de Aanwijzing

Kinderpornografie van het college van procureurs-generaal zal worden gegeven.

Kan, zo vragen zij verder, aan de hand van casusposities worden toegelicht aan welke gevallen wordt gedacht waarin wordt aangenomen dat de minderjarige op geen enkele wijze in zijn of haar belangen wordt geschaad?”

- *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2000–2001, 27 745, nr. 6, houdende de nota naar aanleiding van het verslag:

- p. 10:

“De leden van de fractie van de PvdA stelden enige vragen naar aanleiding van het voorstel om de leeftijdsgrens te verhogen van 16 tot 18 jaar.

Naar aanleiding daarvan breng ik het volgende naar voren. In artikel 240b Sr. is het woord «kennelijk» gehandhaafd. In het voorstel gaat het dus om de afbeelding van een persoon die kennelijk jonger is dan 18 jaar. Opneming van het woord «kennelijk» berust op de overweging dat het bewijs van de leeftijd(categorie) van het slachtoffer niet altijd te leveren valt, als zijn of haar identiteit niet bekend is dan wel niet te leveren valt, omdat een virtuele persoon geen echte leeftijd heeft. Dit woord heeft dus betekenis zowel voor het geval dat de afgebeelde persoon echt is als voor het geval dat het gaat om een virtuele persoon.

Aan de hand van de afbeelding moet een schatting worden gemaakt van de leeftijd. Bij die schatting wordt rekening gehouden met alle kenmerken van het lichaam die enige indicatie kunnen geven omtrent de leeftijd van de desbetreffende persoon. Daartoe behoren ook de geslachtskenmerken. De aanwezigheid van zogenoemde volwassen geslachtskenmerken kan een belangrijke aanwijzing zijn dat de afgebeelde persoon ouder dan 17 jaar is. De afwezigheid van deze kenmerken kan een sterke aanwijzing vormen dat de betrokken persoon jonger is dan 18 jaar. Artikel 240b Sr. voorziet ook in de bescherming van minderjarigen die volgroeid zijn. Als komt vast te staan dat de afgebeelde persoon die er als een volwassene uitziet, onder de leeftijdsgrens zit, is er sprake van strafbare kinderporno. Dat verandert niet door de voorgestelde verhoging van de leeftijdsgrens, al zal de groep van volgroeide minderjarigen die strafrechtelijke bescherming genieten, daardoor in omvang toenemen.”

- p. 15:

“Wat betreft de voorgestelde verhoging van de leeftijdsgrens naar 18 jaar merk ik op dat het bij de strafbaarstelling van kinderporno anders dan bij ontucht niet alleen gaat om het voorkomen van schade aan het kind dat bij de vervaardiging van kinderporno betrokken is geweest als gevolg van die vervaardiging, maar ook om het voorkomen van schade aan dat kind en kinderen in het algemeen door het in omloop brengen van dat beeldmateriaal. De instemming van een 16- of 17-jarige met de vervaardiging en de verspreiding van kinderporno neemt de schadelijke effecten ervan niet weg.

Bij de bestrijding van seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie is aanvaard uitgangspunt dat de leeftijdsgrens van een kind wordt gesteld op 18 jaar. Voor een effectieve aanpak van uitbuiting van kinderen en kinderpornografie in de praktijk is het wenselijk om uit te gaan van een heldere bepaling die alle vormen van kinderporno kan omvatten. Zoals ik reeds naar voren heb gebracht zijn er gevallen denkbaar waarin strafrechtelijk optreden achterwege kan blijven. Ik denk daarbij bij voorbeeld aan de vervaardiging van kinderporno waarbij een 16- of 17-jarige is betrokken, met diens instemming en voor diens eigen gebruik. Als uit het strafrechtelijke onderzoek komt vast te staan dat het daarbij is gebleven, is er geen noodzaak voor strafrechtelijk optreden. Ik acht het juridisch aanvaardbaar dat zulks wordt verzekerd door een zorgvuldig een evenwichtige toepassing van het opportuniteitsbeginsel.”

- p. 16:

“In artikel 240b Sr. zelf wordt geen onderscheid gemaakt tussen commerciële en niet commerciële kinderporno, wanneer het gaat om kinderporno waarbij een kinderen van 16 of 17 jaar zijn betrokken. Dat onderscheid zal wel gemaakt worden bij de vaststelling en vormgeving van het vervolgingsbeleid. Dat beleid wordt vastgelegd in de aanwijzing kinderpornografie en is

daardoor kenbaar. Deze handelwijze dient de rechtszekerheid en is daarmee geenszins in strijd. Kinderen, ook kinderen van 16 en 17 jaar, dienen beschermd te worden tegen seksueel misbruik en seksuele uitbuiting, opdat zij kunnen uitgroeien tot volwassen personen die in staat zijn hun leven te overzien en naar vrije keuze in te richten. In de zedelijkheidswetgeving is een persoon vanaf 16 jaar seksueel meerderjarig. Het plegen van seksuele handelingen met een persoon vanaf die leeftijd is in de regel niet strafbaar. Bij de strafbaarstelling van uitbuiting van kinderen voor prostitutie geldt de leeftijd van 18 jaar (artikelen 248a, 248b en 250a Sr.). Eenzelfde leeftijdsgrens wordt nu voorgesteld voor kinderpornografie. Het is aanvaardbaar en gerechtvaardigd dat deze leeftijd ook geldt voor niet-commerciële vormen van kinderporno. Ik wijs erop dat de verspreiding van kinderporno niet altijd geschiedt om commerciële motieven. Liefhebbers van dit genre kunnen elkaar dit beeldmateriaal toespelen zonder uit te zijn op winstbejag. Het gevaar voor het kind blijft daarmee hetzelfde. Niet is in te zien waarom deze verspreiding straffeloos zou moeten blijven wanneer bij de vervaardiging van kinderporno een 16- of 17-jarig kind is betrokken dat heeft ingestemd met de vervaardiging en de verspreiding. Ook de personen in deze leeftijdscategorie behoeven strafrechtelijke bescherming van de overheid.”

— p. 17:

“In de Aanwijzing kinderpornografie zal worden ingegaan op de gevallen waarin strafrechtelijk optreden achterwege kan blijven. Daarbij kan worden gedacht aan het geval waarin een 16- of 17-jarige pornografische opnamen van zichzelf maakt of laat maken door een vriend of vriendin, voor uitsluitend eigen gebruik.”

- Kamerstukken II, vergaderjaar 2001–2002, 27 745, nr. 14, houdende het stenografisch verslag van een wetgevingsoverleg van de vaste commissie voor justitie op 18 maart 2002 (voor zover m.i. relevant in aanvulling op de reeds hiervoor geciteerde standpunten van Kamerleden):

— p. 17:

“Minister Korthals: (...)

De heer Dittrich vroeg naar de leeftijd van 16 en 18 jaar. Zoals mevrouw Barth terecht opmerkte is de voorgestelde verhoging van de leeftijdsgrens bij kinderporno wenselijk in het licht van de aanpak van commerciële uitbuiting van kinderen. Dit is iets anders dan de grens die de wetgever heeft gesteld bij seksueel verkeer tussen personen. Dan geldt de leeftijd van 16 jaar. Een zorgvuldig vervolgingsbeleid biedt uitkomst wanneer de vervaardiging en het bezit zich uitstrekt tot de privésfeer.

Mevrouw Barth (PvdA): Ik voel mij geveleid omdat de minister deze interpretatie overneemt. De heer Nicolaï zei daarna, volgens mij terecht, tegen mij dat het bijvoeglijke naamwoord ‘commerciële’ moet vervallen. Het moet gaan om uitbuiting. Ook een ouder die het eigen kind aanbiedt aan familieleden zonder dat daar betaling tegenover staat is strafbaar.

Minister Korthals: Dat was een juiste toevoeging door de heer Nicolaï.”

- *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2001–2002, 27 745, nr. 299b:

— p. 1-2:

“Artikel 240b Sr. geeft in zijn huidige opzet voldoende mogelijkheden om op een passende wijze te reageren op ernstiger en minder ernstige vormen van kinderporno. In de Aanwijzing kinderpornografie van het College van procureurs-generaal wordt rekening gehouden met verschillende vormen van kinderporno en aandacht gevraagd voor commerciële vormen van kinderporno. Een verdergaande differentiatie in de wetgeving inzake kinderpornografie zou de uitoefening van een evenwichtig vervolgings- en straftoemingsbeleid kunnen belemmeren.”

— p. 3:

“De wetgever heeft in de zedelijkheidswetgeving twee leeftijdsgrenzen getrokken. Bij seksueel verkeer geldt de leeftijd van 16 jaar als seksuele meerderjarigheid. Bij seksuele uitbating geldt thans voor prostitutie de leeftijd van 18 jaar als grens. Ingevolge het onderhavige wetsvoorstel

wordt artikel 250a Sr. uitgebreid tot uitbating voor andere vormen van seksuele dienstverlening. De wetgever heeft zich op het standpunt gesteld dat personen vanaf de leeftijd van 18 jaar die zich vrijwillig lenen voor pornografie, geen strafrechtelijke bescherming behoeven. De zedelijkheidswetgeving (zoals die na de totstandkoming van de voorgestelde wetgeving zal komen te luiden) biedt voldoende mogelijkheden voor effectief strafrechtelijk optreden tegen seksueel misbruik van volwassenen ten behoeve van pornografie en tegen onvrijwillig totstandgekomen pornografie.”

— p. 4-5:

“De leden van de PvdA-fractie wezen erop dat in artikel 245 Sr. wordt uitgegaan van de leeftijd van 16 jaar en in artikel 240b, zoals thans voorgesteld, van 18 jaar. Dan ontstaat de situatie dat het hebben van gemeenschap met iemand van 16 niet strafbaar is, maar het maken van een afbeelding daarvan wel.

Het voorstel tot verhoging van de leeftijdsgrens in artikel 240b Sr. vloeit voort uit internationale regelgeving inzake bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting. Het is als gezegd alleszins gerechtvaardigd onderscheid te maken tussen gevallen waarbij seksueel verkeer plaatsvindt met een minderjarige zonder bijkomende specifieke omstandigheden, en gevallen waarin zulks plaatsvindt onder specifieke omstandigheden.

Gemeenschap met een 16-jarige is ingevolge artikel 245 Sr. niet strafbaar. Gemeenschap met een 16-jarige waarbij een gezags-, vertrouwens- of zorgrelatie in het geding is of met een 16-jarige prostituee is wél strafbaar (artikelen 249 en 248b Sr.).

Bij de strafbaarstelling van kinderporno gaat het anders dan bij ontucht niet alleen om het voorkomen van schade aan het kind dat bij de vervaardiging van kinderporno betrokken is geweest als gevolg van die vervaardiging, maar ook om het voorkomen van schade aan dat kind en kinderen in het algemeen door het in omloop brengen van dat beeldmateriaal. De instemming van een 16- of 17-jarige met de vervaardiging en de verspreiding van kinderporno neemt de schadelijke effecten ervan niet weg.

Bij de bestrijding van seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie is aanvaard uitgangspunt dat de leeftijdsgrens van een kind wordt gesteld op 18 jaar. Voor een effectieve aanpak van uitbuiting van kinderen en kinderpornografie in de praktijk is het wenselijk om uit te gaan van een heldere bepaling die alle vormen van kinderporno kan omvatten. Er zijn gevallen denkbaar waarin strafrechtelijk optreden achterwege kan blijven. Ik denk daarbij bij voorbeeld aan de vervaardiging van kinderporno waarbij een 16- of 17-jarige is betrokken, met diens instemming en voor diens eigen gebruik. Als uit het strafrechtelijke onderzoek komt vast te staan dat het daarbij is gebleven, is er geen noodzaak voor strafrechtelijk optreden. Ik acht het juridisch aanvaardbaar dat zulks wordt verzekerd door een zorgvuldige en evenwichtige toepassing van het opportuniteitsbeginsel.”

— p. 9:

“Kinderporno is nimmer een klachtdelict geweest. Het ligt voor de hand om kinderen van 12 jaar en ouder die getraceerd zijn als slachtoffer van kinderporno, te horen. Bij die gelegenheid kunnen zij hun zienswijze op de zaak geven. Hun informatie is belangrijk om zich een goed oordeel te geven over de aard en de omvang van de kinderporno.”

4.9. Uit de wetsgeschiedenis volgt voor zover hier relevant het volgende. De aangebrachte verhoging van de leeftijdsgrens bij de strafbaarstelling van kinderporno van zestien naar achttien jaar strekt tot bescherming van kinderen tegen seksueel misbruik in een dermate brede zin, dat de wetgever het alleen voorstelbaar acht dat in de beslissing tot vervolging wordt meegewogen of dergelijk gedrag bij 16- of 17-jarigen uitsluitend binnen de privésfeer en met wederzijdse instemming plaatsvindt en verder niet ‘naar buiten komt’. Dan is vervolging wellicht (dat wil zeggen: in ieder geval in de ogen van de toenmalige Minister) niet opportuun. Zodra seksuele afbeeldingen in de zin van art. 240b Sr van 16- of 17-jarigen niet beperkt is gebleven tot het eigen gebruik, is de sociale en internationaal gedragen norm van de te bieden bescherming aan minderjarigen zodanig in het geding, dat ook (zelfs) indien de 16- of 17-jarige heeft ingestemd met de

vervaardiging en verspreiding van die afbeelding — waarvan in de onderhavige zaak overigens niet blijkt — daartegen in beginsel over de boeg van art. 240b Sr strafrechtelijk zou moeten kunnen worden opgetreden. Net zoals met de strafbaarstelling van virtuele kinderporno, geldt voor de verhoging van de leeftijdsgrens van 16 naar 18 jaar dat de strafbaarstelling (mede) een verder gelegen doel dient; het gaat dan niet (alleen) om de bescherming van de afgebeelde minderjarige, maar (ook) om het feit dat de beschikbaarheid van zulk materiaal de vraag naar méér en nog jonger kan stimuleren.^[7] Over de te bieden bescherming van de 16- en 17-jarige zelf nog het volgende. Een zeker spanningsveld blijft; enerzijds worden personen vanaf 16 jaar geacht vrijelijk over de seksuele invulling van hun leven te kunnen beschikken, anderzijds geldt onverkort in art. 240b Sr de leeftijdsgrens van 18 jaar.^[8] Dat is in mijn ogen niet zonder reden. Het internet is een razendsnel medium voor het raadpleegbaar maken en verspreiden van afbeeldingen, en heeft als keerzijde dat hetgeen daar eenmaal ‘even’ op is gezet (vrijwel) definitief raadpleegbaar blijft. De impact daarvan kan groot zijn. Dat regardeert ook het strafrecht en daarbij geldt dat art. 240b Sr in de ogen van de wetgever voldoende ruimte biedt om gedifferentieerd en aldus op passende wijze te reageren op de aard en omvang van het in dit wettelijk voorschrift strafbaar gestelde gedrag.^[9]

- 4.10. Met de voorgaande uiteenzetting is het antwoord op het middel gegeven. Het Hof heeft zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting en toereikend gemotiveerd het gevoerde verweer verworpen. Niet slechts formeel maar ook materieel gezien valt verdacht handelen — anders dan het middel wil — onder de door de wetgever beoogde reikwijdte van art. 240b Sr. In zoverre laat zich deze zaak in spiegelbeeldige zin enigszins vergelijken met de vraag of sprake is van roekeloosheid in het verkeer. In het normale spraakgebruik is van ‘roekeloosheid’ sneller sprake dan in, wetssystematisch en -teleologisch gezien, de specifieke betekenis van ‘roekeloosheid’ in de zin van de wet.^[10] Andersom lijkt het in de onderhavige zaak bewezenverklarde gedrag wat verder af te staan van wat in het normale spraakgebruik onder de bewoordingen ‘het verspreiden van kinderporno’ pleegt te worden verstaan. Niet zonder reden (zie hiervoor onder 3.9) valt verdacht handelen evenwel (juist) wel onder de reikwijdte van art. 240b Sr. In de strafoplegging kan uitgedrukt worden — zoals het Hof met de oplegging van veertig uur taakstraf ook heeft gedaan — op welke wijze hij dat misdrijf heeft begaan.
- 4.11. In de toelichting op het middel wordt terloops nog geklaagd over het bewezenverklarde opzet op het verspreiden van de afbeeldingen van M. De bewijsvoering is niet overvloedig^[11], maar het Hof heeft gevoeglijk uit de afgelegde verklaringen en het onderzoek door de politie op het ‘open’ internet — dus zonder wachtwoorden, het vrij raadpleegbare internet — kunnen afleiden dat verdachte degene is geweest die de foto’s zowel aan een ander heeft verstuurd als voor iedereen toegankelijk in ‘photobucket’ heeft opgeslagen; iets dat destijds kon via een koppeling aan een Hyvesaccount. Dat het ‘uploaden’ van afbeeldingen op photobucket ertoe leidt dat deze door een ieder kunnen worden gezien, kan als algemeen bekend worden verondersteld en het Hof heeft dat onder de wettelijke noemer van verspreiden kunnen scharen. Het in de bestreden uitspraak besloten liggende oordeel van het Hof dat verdachte dat ook wist, acht ik, te meer bij gebrek aan een deugdelijke betwisting op dit punt, niet onbegrijpelijk.
- 4.12. Het middel faalt.

Uitspraak

Hoge Raad:

3. Beoordeling van het vierde middel

- 3.1. Het middel klaagt dat het Hof het bewezenverklarde ten onrechte heeft gekwalificeerd als — kort gezegd — het verspreiden van kinderporno als bedoeld in art. 240b Sr.

3.2.1 Ten laste van de verdachte is bewezenverklard dat:

“hij in de periode van 1 april 2009 tot en met 27 april 2009 te Alphen aan den Rijn meermalen een afbeelding van een seksuele gedraging, te weten — het gedeeltelijk naakt poseren van een

persoon die de leeftijd van 18 jaren nog niet heeft bereikt, waarbij door het camerastandpunt van die persoon nadrukkelijk de onblote vagina of de onblote borsten in beeld zijn gebracht, bij welke vorenbedoelde afbeeldingen een persoon die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet had bereikt, was betrokken of schijnbaar was betrokken, (telkens) heeft verspreid.”

- 3.2.2.** Het Hof heeft het bewezenverklaarde, onder aanhaling van art. 240b Sr, gekwalificeerd als ‘een afbeelding van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, verspreiden, meermalen gepleegd’.

- 3.2.3.** Het Hof heeft ten aanzien van de kwalificatie het volgende overwogen:

“De raadsman heeft bepleit dat het nooit de bedoeling kan zijn geweest van de wetgever om het handelen van de verdachte — dat technisch gezien wel voldoet aan de delictsomschrijving — aan te merken als een overtreding van artikel 240b van het Wetboek van Strafrecht. Blijkens de wetsgeschiedenis is het beschermd belang en strekking van het artikel gelegen in het tegengaan van seksueel misbruik van jeugdigen en de exploitatie daarvan, aldus de raadsman.

Uit de wetsgeschiedenis van art. 240b van het Wetboek van Strafrecht (verder: Sr) volgt dat bij de toepassing van artikel 240b Sr. als uitgangspunt geldt dat het gaat om een gedraging die — als ze wordt vastgelegd — schadelijk is voor de jeugdige, òf omdat het tot die gedraging brengen al schadelijk is, òf vanwege de publicatie ervan.

De ratio van de strafbaarstelling is niet langer louter gelegen in de bescherming van de afgebeelde jeugdige, maar ook in de ‘bescherming tegen gedrag dat kan worden gebruikt om kinderen aan te moedigen of te verleiden om deel te nemen aan seksueel gedrag en gedrag dat deel kan gaan uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert.’

Naar het oordeel van het hof bestaat het beschermd belang dat artikel 240b Sr. dient aldus uit méér dan hetgeen door de raadsman is genoemd. Het handelen van de verdachte druist in tegen het hierboven weergegeven belang dat artikel 240b Sr. beoogt te beschermen.

Ook overigens is het hof van oordeel dat de zedenwetgeving met betrekking tot minderjarigen er mede toe strekt de minderjarige te beschermen ook tegen verleidingen die van henzelf uitgaan. Het hof verwerpt het verweer.”

- 3.3.** Art. 240b, eerste lid, (oud) Sr luidt:

“Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die een afbeelding — of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding — van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, verspreidt, openlijk tentoonstelt, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert of in bezit heeft.”

- 3.4.1.** De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet van 13 juli 2002 (*Stb.* 2002, 388), op grond waarvan art. 240b, eerste lid, Sr is komen te luiden als hiervoor weergegeven, houdt — voor zover hier van belang — het volgende in:

“Voorgesteld wordt de verhoging van de leeftijdsgrens van toepassing te doen zijn op alle in artikel 240b Sr. genoemde gedragingen. Dat betekent dat ook de vervaardiging en het bezit (voor eigen gebruik) van een afbeelding van een seksuele gedraging waarbij een persoon van 16 of 17 jaar is betrokken of schijnbaar is betrokken, strafbaar worden. De NOVA is van oordeel dat de voorgestelde verhoging beperkt zou moeten blijven tot commerciële seksuele uitbuiting. Ik meen dat het niet wenselijk is om wat de verhoging van de leeftijdsgrens tot 18 jaar betreft een differentiatie aan te brengen tussen commerciële en niet commerciële kinderpornografie. De in artikel 240b omschreven gedragingen kunnen ook schadelijk zijn voor minderjarigen van 16 en 17 jaar in een niet commerciële context. Het huidige artikel 240b maakt thans geen verschil tussen verschillende vormen van kinderporno. Uit een oogpunt van eenvoud van wetgeving is het wenselijk om de voorgestelde verhoging over de gehele linie door te voeren. De opsporings- en vervolgingspraktijk heeft behoefte aan een eenduidige bepaling. Tegen het strafbaar stellen van het vervaardigen en bezit van kinderporno ten aanzien van 16- of 17-jarigen zou kunnen worden ingebracht dat het hebben van seks met een minderjarige vanaf 16 jaar in de regel niet strafbaar

is. Maar daartegen kan worden aangevoerd dat niet alle seks met een minderjarige van die leeftijd straffeloos is. Indien de dader en de minderjarige een bijzondere band met elkaar hebben (ouder-kind, docent-leerling), is seks tussen hen wel strafbaar. Ik meen dat een evenwichtig en zorgvuldig gebruik van het opportuniteitsbeginsel kan waarborgen dat deze bepaling in de praktijk op juiste en verantwoorde wijze wordt toegepast. In de Aanwijzing kinderpornografie van het College van procureurs-generaal wordt rekening gehouden met verschillende vormen van kinderporno. Daarin zal bij voorbeeld ook aandacht kunnen worden besteed aan gevallen waarin de minderjarige op geen enkele wijze in haar of zijn belangen is geschaad. Men kan daarbij denken aan gevallen in de privésfeer, waarin een oudere minderjarige ermee instemt dat een leeftijdgenoot voor eigen of beider bezit kinderporno vervaardigt. Ik meen dat justitieel optreden in dergelijke gevallen in de regel achterwege kan blijven.”

(Kamerstukken II 2000-2001, 27 745, nr. 3, blz. 5-6)

- 3.4.2.** De nota naar aanleiding van het verslag bij genoemd wetsvoorstel houdt — voor zover hier van belang — in:

“Wat betreft de voorgestelde verhoging van de leeftijdsgrens naar 18 jaar merk ik op dat het bij de strafbaarstelling van kinderporno anders dan bij ontucht niet alleen gaat om het voorkomen van schade aan het kind dat bij de vervaardiging van kinderporno betrokken is geweest als gevolg van die vervaardiging, maar ook om het voorkomen van schade aan dat kind en kinderen in het algemeen door het in omloop brengen van dat beeldmateriaal. De instemming van een 16- of 17-jarige met de vervaardiging en de verspreiding van kinderporno neemt de schadelijke effecten ervan niet weg.

Bij de bestrijding van seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie is aanvaard uitgangspunt dat de leeftijdsgrens van een kind wordt gesteld op 18 jaar. Voor een effectieve aanpak van uitbuiting van kinderen en kinderpornografie in de praktijk is het wenselijk om uit te gaan van een heldere bepaling die alle vormen van kinderporno kan omvatten. Zoals ik reeds naar voren heb gebracht zijn er gevallen denkbaar waarin strafrechtelijk optreden achterwege kan blijven. Ik denk daarbij bij voorbeeld aan de vervaardiging van kinderporno waarbij een 16- of 17-jarige is betrokken, met diens instemming en voor diens eigen gebruik. Als uit het strafrechtelijke onderzoek komt vast te staan dat het daarbij is gebleven, is er geen noodzaak voor strafrechtelijk optreden. Ik acht het juridisch aanvaardbaar dat zulks wordt verzekerd door een zorgvuldige en evenwichtige toepassing van het opportuniteitsbeginsel. (...)

Voor strafrechtelijk optreden tegen echte kinderporno is ook nu niet doorslaggevend of een kind seksueel is misbruikt voor de vervaardiging. Een kind in een seksueel getinte pose kan ook kinderporno opleveren. In artikel 240b Sr. zelf wordt geen onderscheid gemaakt tussen commerciële en niet commerciële kinderporno, wanneer het gaat om kinderporno waarbij een kinderen van 16 of 17 jaar zijn betrokken. Dat onderscheid zal wel gemaakt worden bij de vaststelling en vormgeving van het vervolgingsbeleid. Dat beleid wordt vastgelegd in de aanwijzing kinderpornografie en is daardoor kenbaar. Deze handelwijze dient de rechtszekerheid en is daarmee geenszins in strijd.”

(Kamerstukken II 2000-2001, 27 745, nr. 6, blz. 15-16)

- 3.5.** Mede gelet op de hiervoor weergegeven wetsgeschiedenis heeft het Hof het bewezenverklaarde handelen van de verdachte terecht gekwalificeerd als — kort gezegd — het verspreiden van kinderporno in de zin van art. 240b Sr.
- 3.6.** Het middel faalt.

4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Noot

Auteur: N. Rozemond

1. De verdachte in deze zaak heeft afbeeldingen verspreid waarop een meisje van 16 jaar gedeeltelijk naakt poseert. Door het camerastandpunt zijn nadrukkelijk de ontblote vagina of de ontblote borsten in beeld gebracht, aldus de bewezenverklaring. Het meisje heeft foto's van zichzelf gemaakt en aan de verdachte gestuurd via haar telefoon en de verdachte heeft printscreens vervaardigd van opnamen die via een webcam zijn gemaakt. De verdachte heeft afbeeldingen van het slachtoffer op een website geplaatst en hij heeft ze doorgestuurd naar andere personen.

De klacht in het cassatiemiddel is dat het nooit de bedoeling van de wetgever kan zijn geweest om het handelen van de verdachte strafbaar te stellen. Technisch gezien vallen zijn gedragingen wel onder art. 240b Sr, aldus het verweer bij het Hof Den Haag, maar blijkens de wetsgeschiedenis is het beschermde belang en de strekking van dat artikel gelegen in het tegengaan van seksueel misbruik en de exploitatie daarvan. Aangezien in dit geval geen sprake was van misbruik en exploitatie, is het door de wetbepaling beschermde belang niet geschaad en is het handelen van de verdachte ook niet in strijd met de strekking van de bepaling.

Het Hof Den Haag heeft dit verweer verworpen met de redenering dat de strekking van art. 240b Sr en het beschermde belang ruimer zijn dan de raadsman heeft betoogd. Het gaat niet alleen om bescherming tegen seksueel misbruik, maar ook om bescherming tegen publicatie van pornografische afbeeldingen. Daar voegt het hof aan toe dat art. 240b Sr de strekking heeft om te beschermen tegen gedrag dat kan worden gebruikt om kinderen aan te moedigen of te verleiden om deel te nemen aan seksueel gedrag en tegen gedrag dat deel kan gaan uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert. De zedenwetgeving heeft bovendien de strekking om minderjarigen te beschermen tegen verleidingen die van henzelf uitgaan. Het hof stelt daarbij vast dat de verdachte met zijn gedragingen de belangen heeft geschaad die art. 240b Sr beoogt te beschermen.

Het gaat in dit geval niet om bescherming van het slachtoffer tegen seksueel misbruik bij het vervaardigen van de afbeeldingen. Het slachtoffer heeft zelf een aantal afbeeldingen gemaakt met haar telefoon en ze heeft geposeerd voor haar webcam. Daarbij was kennelijk geen sprake van dwang of misbruik van overwicht van de kant van de verdachte (die op dat moment 18 jaar was). Het slachtoffer is wel in haar belangen geschaad doordat de verdachte de foto's en printscreens zonder haar toestemming heeft doorgestuurd en gepubliceerd op een website. Zij wordt aangetast in haar persoonlijke levenssfeer en haar seksuele integriteit doordat derden de afbeeldingen tegen haar wil kunnen zien en gebruiken voor pornografische doeleinden. De verdere verspreiding kan bovendien deel gaan uitmaken van een subcultuur die misbruik bevordert van minderjarigen die zich al te snel bloot geven voor webcams en telefoons.

2. De redenering van het Hof Den Haag lijkt een deugdelijke verwerping te zijn van het verweer van de verdediging en dat is ook de beslissing van de Hoge Raad op het cassatiemiddel. De Hoge Raad citeert passages uit de memorie van toelichting en de nota naar aanleiding van het verslag bij het voorstel tot wijziging van art. 240b Sr (A-G Hartevelt haalt in zijn conclusie nog meer relevante kamerstukken aan). Gelet op de wetsgeschiedenis heeft hof het handelen van de verdachte terecht gekwalificeerd als het verspreiden van kinderporno in de zin van art. 240b Sr, aldus de Hoge Raad. Deze verwerping van het cassatiemiddel kan worden begrepen in het licht van de bewezenverklaarde gedragingen van de verdachte (het verspreiden van afbeeldingen) en de belangen die door art. 240b Sr worden beschermd en door de gedragingen van de verdachte zijn geschaad.

De parlementaire geschiedenis roept de vraag op of bij andere feiten een kwalificatieverweer wel kansrijk zou kunnen zijn. De door de Hoge Raad en de A-G aangehaalde kamerstukken geven aan dat art. 240b Sr niet alleen bescherming biedt tegen seksueel misbruik bij het vervaardigen van kinderporno, maar ook tegen het in omloop brengen daarvan. De aangehaalde stukken geven echter ook aan dat bepaalde gedragingen weliswaar onder de letter van art. 240b Sr vallen, maar dat het mogelijk is dat deze gedragingen geen inbreuk maken op de beschermde belangen. Daarbij valt te denken aan het vervaardigen van kinderporno waarbij een 16- of 17-jarige is betrokken en deze persoon met de vervaardiging instemt en de porno voor eigen of beider bezit is bestemd. In een dergelijk geval bestaat geen noodzaak voor strafrechtelijk optreden. Daarvan kan worden afgezien op grond van het opportuniteitsbeginsel en dit kan worden geregeld in de Aanwijzing

kinderpornografie.

De feiten uit deze zaak leveren voorbeelden op van gevallen waarin vervolging niet opportuun is omdat de beschermde belangen niet zijn geschaad. In dit geval heeft het slachtoffer zelf kinderporno vervaardigd, in haar bezit gehad en verspreid: ze heeft foto's van zichzelf gemaakt met een seksuele strekking en ze heeft deze foto's via haar telefoon naar de verdachte gestuurd. Deze gedragingen vallen onder art. 240b Sr, maar de betrokkene is daarvoor niet vervolgd. Vervolging zou voor haar waarschijnlijk een onvoorziene verrassing zijn geweest, aangezien zij zich het slachtoffer voelde van de verspreiding en daarom aangifte deed. Ook het bezit van de afbeeldingen door de verdachte wordt kennelijk niet strafwaardig geacht: hij is uitsluitend veroordeeld voor de verspreiding daarvan. Art. 240b Sr kan daarom worden aangeduid als een strafbepaling die 'overinclusief' is: er worden gedragingen strafbaar gesteld die geen schade toebrengen aan de belangen die door de bepaling worden beschermd (zie hierover M.J. Borgers, *De communicatieve strafrechter*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2011-1, p. 138 e.v.).

3. Uit onderzoek blijkt dat minderjarigen steeds vaker afbeeldingen met een seksuele strekking van zichzelf of van leeftijdgenoten maken en via mobiele telefoons versturen (*sexting*) of op internet plaatsen (zie hierover de beleidsnota *Pubers in beeld*, te vinden op www.om.nl, en de daarin vermelde literatuur). Hoe moet worden omgegaan met gevallen waarin minderjarigen porno van zichzelf vervaardigen en verspreiden, is op dit moment niet helemaal duidelijk. De Aanwijzing kinderpornografie (*Stcrt.* 2010, 19121) noemt wel de belangen die door art. 240b Sr worden beschermd, maar formuleert geen uitzonderingen voor gevallen waarin deze belangen niet worden geschaad. Dat laatste geldt ook voor de Richtlijn voor strafvordering kinderpornografie (*Stcrt.* 2013, 29674).

In de nota *Pubers in beeld* wordt gemeld dat de politie door minderjarigen vervaardigde afbeeldingen op een aantal factoren onderzoekt, waaronder de vrijwilligheid van de afgebeelde gedragingen, de instemming met de vervaardiging van de afbeeldingen, de leeftijd van de afgebeelde persoon, de mate van verspreiding van de afbeeldingen en commerciële motieven daarbij. De officier van justitie beslist over vervolging waarbij hij de belangen die art. 240b Sr beoogt te beschermen in zijn beslissing betreft. Uit deze nota zou kunnen worden afgeleid dat minderjarigen die afbeeldingen van zichzelf vervaardigen en verspreiden, zoals het slachtoffer in deze zaak, voorwerp van strafrechtelijk onderzoek kunnen zijn. Uit de nota lijkt te volgen dat de officier van justitie ook ten aanzien van deze personen een vervolgingsbeslissing dient te nemen omdat zij kinderporno hebben vervaardigd en verspreid. Het is daarbij niet uitgesloten dat een minderjarige persoon die vrijwillig heeft meegewerkt aan de vervaardiging en verspreiding van kinderporno, wordt vervolgd omdat ook deze persoon met zijn of haar gedrag heeft bijgedragen aan een subcultuur die misbruik van minderjarigen bevordert. Het is in ieder geval wenselijk dat minderjarigen die porno vervaardigen en verspreiden, erop worden gewezen dat hun gedragingen onder de wettelijke strafbepaling vallen en zij deelnemen aan een subcultuur waarvan zij zelf slachtoffer kunnen worden, zoals de aangeefster in deze zaak heeft ervaren (vgl. *Pubers in beeld*, p. 4-5, zie ook 'Mag ik je selfie zien?', *Het Parool* 15 april 2015).

4. Uit lagere rechtspraak blijkt dat een ontvankelijkheidsverweer of een kwalificatieverweer niet zonder meer kansloos is wanneer de vervaardiging van kinderporno vrijwillig plaatsvond en verspreiding achterwege bleef. Het Hof Amsterdam verwierp het verweer dat een 18-jarige verdachte in strijd met de Aanwijzing kinderpornografie was vervolgd voor het vervaardigen van camerabeelden van seksuele gedragingen waarbij een 16-jarig meisje was betrokken. In dit geval was niet uitdrukkelijk gebleken dat het meisje had ingestemd met het maken van de beelden (Hof Amsterdam 12 oktober 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY0664). Uit deze redenering zou kunnen worden afgeleid dat het hof wel een vervolgingsuitsluitingsgrond aanwezig zou hebben geacht wanneer het meisje uitdrukkelijk met het maken van opnamen zou hebben ingestemd, ervan uitgaande dat bij het vervaardigen geen zedenmisdrif werd gepleegd en de afbeeldingen niet verder werden verspreid. De Rechtbank Zutphen ontsloeg een 16-jarige verdachte van alle rechtsvervolging voor het vervaardigen van foto's met seksuele gedragingen van zichzelf en zijn 15-jarige vriendin die deze foto's in haar bezit had (ze waren met haar camera gemaakt). Er was in dit geval volgens de rechtbank geen sprake van overwicht, seksueel misbruik of exploitatie. De foto's werden gemaakt in de privésfeer en ze waren bestemd voor privégebruik en niet voor verspreiding (Rb. Zutphen 24 januari 2008, ECLI:NL:RBZUT:2008:BC2954). De seksuele gedragingen tussen deze minderjarigen leverden kennelijk geen ontucht op in de zin van art. 245 en 246 Sr, omdat deze gedragingen sociaal-ethisch aanvaardbaar waren (vgl. HR 30 maart 2010, NJ 2010/376, m.nt. N. Keijzer). Het maken van pornografische afbeeldingen was een onderdeel van de seksuele relatie

tussen deze personen. Daarom kon het vervaardigen en bezitten van deze afbeeldingen eveneens sociaal-ethisch aanvaardbaar worden geacht waardoor deze gedragingen niet wederrechtelijk waren.

Opmerkelijk is het ontslag van rechtsvervolging van de meerderjarige verdachte die een seksueel getint filmpje in zijn bezit had dat was vervaardigd en aan hem toegezonden door een 15-jarig meisje waarmee hij een seksuele relatie had. De verdachte (leraar op de school van het meisje) werd veroordeeld op grond van art. 247 Sr, maar niet voor het bezit van het filmpje dat kennelijk was bestemd voor privégebruik (Rb. Den Haag 23 januari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:654). Hier ligt ontslag van rechtsvervolging minder voor de hand, omdat het meisje het filmpje vervaardigde en aan de verdachte stuurde in het kader van een seksuele relatie die onder art. 247 Sr viel. Het vervaardigen en versturen kan het gevolg zijn geweest van het overwicht van de verdachte op het slachtoffer dat daardoor is verleid tot het maken van het filmpje. Omdat de seksuele relatie niet aanvaardbaar was in sociaal-ethische zin, was het bezit van de door het meisje gemaakte porno dat ook niet. Een omgekeerde redenering volgde de Rechtbank Almelo: de seksuele relatie tussen de 18-jarige verdachte en een 15-jarig meisje viel niet onder het begrip ontucht in de zin van art. 245 en 246 Sr, maar het maken van opnamen van seksuele gedragingen viel wel onder het vervaardigen van kinderporno (Rb. Almelo 18 september 2009, ECLI:RBALM:2009:BJ8494). Wanneer de seksuele relatie op zich geen strafbare feiten oplevert omdat die relatie aanvaardbaar is in sociaal-ethische zin, zou daaruit ook de tegenovergestelde conclusie kunnen worden getrokken: het vervaardigen en bezitten van afbeeldingen van seksuele gedragingen in het kader van die relatie is evenmin strafbaar (vgl. art. 5 lid 6 en art. 8 van Richtlijn 2011/92/EU ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, *PbEU* 2011, L 335/1).

Hier zou een vergelijking kunnen worden gemaakt met de kwalificatieuitsluitingsgrond voor de tongzoen in verband met seksueel binnendringen van het lichaam (HR 12 maart 2013, *NJ* 2013/438, m.nt. N. Keijzer en HR 26 november 2013, *NJ* 2014/62, m.nt. N. Keijzer). Een gevolg van die kwalificatieuitsluitingsgrond is dat een tongzoen met een 15-jarige niet onder art. 245 Sr valt. De tongzoen valt ook niet onder art. 247 Sr wanneer deze zoen wordt gegeven in het kader van een sociaal-ethisch aanvaardbare seksuele relatie. In verband met art. 240b Sr zou hetzelfde kunnen gelden voor het maken van een foto van een straffeloze tongzoen met een minderjarige wanneer die foto niet verder wordt verspreid. De rechter kan dit op verschillende manieren tot uitdrukking brengen: toepassing van een vervolgingsuitsluitingsgrond, een kwalificatieuitsluitingsgrond of een strafuitsluitingsgrond. Deze gevallen worden gekenmerkt door het gegeven dat het gedrag maatschappelijk toelaatbaar wordt geacht. Dat zou ervoor pleiten om een bijzondere strafuitsluitingsgrond te kiezen vanwege het ontbreken van wederrechtelijkheid (vgl. De Hullu, *Materieel strafrecht*, vijfde druk, p. 346-348).

Voetnoten

Voetnoten

- [3.] Voetnoot Hof: TK 2001-2002, 27 745, nr. 6, blz. 8 en 9 (Nota naar aanleiding van het verslag).
- [4.] *Stcrt.* 2010, 19121 en *Stcrt.* 2013, 22031.
- [5.] *Stcrt.* 2007, 162 (thans vervallen).
- [6.] Bedoeld wordt hier (gezien p. 3 MvT) de evaluatie van het (destijds) nieuwe art. 240b Sr in de jaren 1996 en 1997 door het Verwey Jonker Instituut, waarvan het rapport bij brief van de Minister van Justitie van 19 juli 1999 aan de vaste commissie voor Justitie van de Tweede Kamer is gezonden: "Hoofdconclusie van het onderzoek is geweest dat de met het gewijzigde artikel 240b Sr beoogde effecten in termen van een vergroting van de vervolgings- en berechtungskans in de praktijk zijn bereikt. Uit het onderzoek is onder meer gebleken dat het gewijzigde artikel 240b in het algemeen voorziet in effectief strafrechtelijk optreden tegen het verschijnsel kinderpornografie. Dat komt door de verruiming van de dwangmiddelen en de mogelijkheid van inbeslagneming, alsmede door vereenvoudiging van het bewijs. Een ontmoedigende werking van het aangescherpte artikel kon echter niet worden aangetoond."
- [7.] Cfm. Noyon/Langemeijer/Remmelink *Strafrecht*, artikel 240b Sr, aant. 3 van prof. mr. A.J. Machielse (bijgewerkt tot 19 juni 2013).
- [8.] Op dit spanningsveld wijst ook Machielse in NLR, zie hiervoor voetnoot 7.
- [9.] Die mate van differentiatie lijkt overigens voor deze categorie zaken vooralsnog niet aldus tevens in het

bestuursrecht te worden gehanteerd bij het al dan niet afgeven van een Verklaring omtrent het gedrag (zie o.a. Handboek strafzaken 111.4).

[10.] Vgl. HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:960.

[11.] Overigens ook niet ten aanzien van de bewezenverklaarde periode, maar daarover wordt niet geklaagd.